Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VIII.

Der neue Entwurf der Civilproceß-Ordnung für das Königreich Baiern, in prüfender Vergleichung mit der neuen Proceß-Ordnung für das Waadtland, und mit Berücksichtigung anderer neueren Gesetzgebungen (als Fortsetzung von Nro. XVII. Band VIII.)

Von Mittermaier.

Was den Proceßgang selbst betrifft, welchen die neuesten legislativen Produkte anordnen, so veranlaßt ihre Vergleichung eine sorgfältige Prüfung der Verbesserungen, welche man beabsichtigte. Nach dem baier. Entwurfe wird im ordentlichen Processe vor den Collegialgerichten eine schriftliche Klage eingereicht (§. 321.); in jeder Sache wird ein Instruktions-Commissär ernannt, welcher die im Laufe des Verfahrens nöthigen Gerichtsbeschlüsse durch seinen Vortrag zu veranlassen, und die Gerichtshandlungen vorzunehmen hat (322). Die Klage kann sogleich abgewiesen werden, wenn der Antrag ein absolutes gesetzliches Verbot gegen sich hat, oder das Klagvorbringen offenbar ungereimt oder widersinnig ist (328.), es kann auch Abweisung angebrachtermaßen erfolgen (329.), sonst aber wird die Klage zur Antwort dem Beklagten mitgetheilt (333). Die schriftliche Antwort des Beklagten muß eine bestimmte und specielle Litiscontestation enthalten (217. 337.), alle Einreden müssen auf einmal vorgebracht werden (339.), die Einreden der Incompetenz, Unfähigkeit des

Richters oder der Partheyen, oder mangelnder Sachlegitimation ſind an keine Friſt gebunden (340.), und wenn eine dieſer Einreden oder die Einrede mehrerer Streitgenoſſen, der mangelnden Caution, der fehlerhaften Klagſchrift ꝛc. allein vorgebracht iſt, ſo muß vorerſt geprüft werden, ob die Einrede gegründet iſt; im Falle der Grundloſigkeit wird mit Verwerfung der Einrede eine neue Friſt zur Einlaſſung geſetzt (344.), im Zweifelsfalle wird zuerſt noch der Kläger gehört (345). Hat der Beklagte nicht geantwortet, oder die Thatverhältniſſe der Klage ganz zugeſtanden oder ganz geläugnet, und im letzten Falle keine, oder in beiden Fällen nur reinrechtliche Einreden entgegengeſetzt, ſo iſt das Verfahren zu ſchließen und Termin zur Feſtſtellung des status causae anzuſetzen (353.); in andern Fällen treten die (gemeinrechtlichen) Replik- und Duplikſchriften ein (357 — 363.) (ausnahmsweiſe Triplik und Quadruplik 363). Nach geſchloſſenem Schriftenwechſel hat der Inſtruktions-Commiſſär den status causae zu entwerfen, worin eine zuſammenhängende Geſchichtserzählung geliefert, die ſchon zugeſtandenen Thatſachen eben ſo, wie die noch ſtreitigen, nach Nummern bemerkt werden (364 — 70). Die zu einem Termin vorgeladenen Partheyen und ihre Anwälde können gegen den vorgelegten status Erinnerungen vorbringen (371 — 78.); nach Richtigſtellung des status trägt der Gerichts-Commiſſär in geheimer Sitzung dem Gerichte die Lage der Akten vor, worauf Beſchluß gefaßt wird (379). So oft in einer Sache (Incident- oder Hauptſache) ein Urtheil zu erlaſſen iſt, muß zum Zweck des mündlichen Verfahrens die Sache in die Audienz gebracht werden, worin zuerſt die status causae vorgrleſen wird (989. 91). Die Partheyen oder ihre Advocaten ſprechen dann zu den Richtern, und zwar vorzugsweiſe über das Recht, ſie können jedoch auch das Factum näher entwickeln: der freye Vortrag bildet die Regel, jedoch kann der Redende als Leitfaden ſchriftlicher Rotaten ſich bedienen (700); jede Richterperſon iſt berechtigt, über das, worüber ſie nähere

Aufklärung wünscht, durch das Organ des Gerichtsvorstandes Fragen an die Partheyen zu stellen (702). Das Urtheil wird sogleich erlassen, oder wegen Wichtigkeit der Sache vertagt, in welchem letzteren Falle einer der nächsten Audienztage zur Publication des Urtheils angesetzt und ein Referent ernannt wird, der in geheimer Sitzung Vortrag zu erstatten hat (706).

Nach dem Gesetzbuch für das Waadtland wird auf Ansuchen des Klägers vom Präsidenten des Tribunals (§. 40.) ein Vorladungsact (exploit) erlassen (58). Die gewöhnliche Frist, wenn der Beklagte im Bezirke des ladenden Tribunals wohnt, beträgt 4 Tage. Erscheinen die Partheyen, so producirt der Kläger seine Beweisstücke, und stellt seine Klage (74.), worauf der Beklagte gewisse Voranträge stellen kann, und zwar wegen Wahl des Domicils, wegen Caution, Armenrecht, Legitimation, Unregelmäßigkeit der Ladung, Recusation, Incompetenz des Gerichts, Gesuch um summar. Proceß. Hat der Beklagte solche Voranträge, so muß er sie 24 Stunden vor der Sitzung dem Gegner significiren lassen (76). Auf ähnliche Art kann der Kläger Voranträge stellen (79.), z. B. wegen Legitimation, Recusation, Sequester, provisorische Alimentation u. A. Die Partheyen dictiren dann ihre Erklärung wegen der Voranträge zu Protocoll, setzen sie mündlich auseinander, worauf das Tribunal entscheidet (84). Das Verfahren in der Hauptsache geschieht durch Schriftsätze, und die Partheyen erscheinen von Sitzung zu Sitzung in 14 Tagen (160). Die Klagschrift muß alle Thatsachen und Beweisstücke mit den Conclusionen des Klägers enthalten (168). Will der Beklagte par forme d'exception verhandeln, d. h. eine Einrede stellen, die die Einlassung auf die Hauptsache als unnöthig darstellen soll, so producirt er seine Einrede in der nächsten Sitzung schriftlich (179. 194.), worauf in 14 Tagen der Kläger schriftlich auf die Einrede antwortet, und das Tribunal urtheilt dann nur über den Werth der vorgeschützten Einrede (200). In andern Fällen, wenn der Beklagte sich auf die Klage einläßt,

muß er über jeden Punkt der Klage ſich deutlich erklären, ob er läugne oder geſtehe (75). Die ſchriftliche Antwort wird in 14 Tagen von dem Kläger durch Replik beantwortet (180.); allein der Kläger kann auch die Hervorhebung der noch dunkel oder zweydeutig gebliebenen Stellen (catégorisation genannt) der Antwort des Beklagten verlangen (181.) und dieß dem Beklagten ſignificiren laſſen, der denn darauf zu antworten hat, und worauf ein Urtheil über den Streit der Categoriſation erfolgt, wenn die Partheyen ſich nicht vereinigen (182). Iſt die Categoriſation hergeſtellt, ſo kann der Kläger ſogleich die gegentheiligen Beweiſe auf das Läugnen des Beklagten anführen, oder andere Thatſachen zur Widerlegung vorbringen, und der Beklagte antwortet darauf wieder, indem er Gegenbeweis führen, oder ſonſt Widerlegungsgründe angeben kann (183). Will der Kläger Beweis führen, ſo wird er ſogleich dazu gelaſſen, und die Beweiſe werden dann von beiden Seiten geführt, worauf erſt Repliken und Dupliken eingereicht werden (186). Hat der Kläger eine Categoriſation der Thatſachen und Beweisführung nicht gewählt, ſo überreicht er ſeine Replik (187). Im Termine der Einreichung der Duplik müſſen die Partheyen eventuell ſich vereinigen, die Duplicate ihrer Schriftſätze und Beweisſtücke bey den Richtern vor dem Urtheile circuliren zu laſſen, und um Anſetzung eines Termins zur Urtheilsfällung zu bitten (191). An dem zum Urtheil beſtimmten Tage ſetzen die Partheyen oder Advocaten in der Sitzung mündlich ihre Rechtsgründe und Anſprüche auseinander, worauf das Gericht zuerſt nur conſultativ und hierauf berathend und förmlich abſtimmend zur Urtheilsfällung ſchreitet (320 — 22).

Vergleicht man nun insbeſondere den Proceßgang des baier. Entwurfs mit dem bisherigen gemeinrechtlichen Verfahren, ſo beziehen ſich die Abweichungen I) auf das größere Recht der Gerichte, die Klagen ſogleich abzuweiſen. Der Verfaſſer dieſer Vergleichung hat über das richterliche

Abweisungsrecht schon früher seine Ansichten ausgesprochen [1]) und freut sich sehr, daß ein so ausgezeichneter Praktiker, wie Puchta [2]), diesen Ansichten beystimmt; so sehr die Abkürzung der Processe durch frühzeitige Abweisungen zu gewinnen scheint, so bedenklich sind sie nach der Erfahrung, da selten der Richter im Stande ist, blos aus der Klagschrift (noch schwieriger wird es nach dem neuen Entwurfe, nach welchem der Rechtsgrund in der Klage nur angedeutet zu seyn braucht) schon zu erkennen, ob die Klage gar nicht zu Recht bestehen kann; auch ist dem Beklagten damit nicht viel geholfen, da er oft ein Interesse hat, das Rechtsverhältniß vollständig zur Sprache bringen zu lassen; dem abgewiesenen Kläger kann nicht verwehrt seyn, gegen die Abweisung Rechtsmittel zu ergreifen, deren Fortsetzung Zeit raubt und Kosten macht. Offenbar einfacher ist es, wenn man durch ein Decret dem Kläger bedeutet, was an seiner Klagschrift fehlt, und die Nachtragung oder die Abänderung ihm überläßt, so daß nur dann, wenn die Klage von der Art ist, daß auch durch jede nachträglich gestattete Verbesserung von Seite des Klägers nicht geholfen werden kann, oder wenn, der Beklagte mag eine Antwort geben, welche er wolle, ein Klagerecht des Klägers gegen den Beklagten sich nicht denken läßt, die bedingte Abweisung eintreten soll. Wenn der Entwurf §. 330. sub No. 2. auch dann die Klage abweisen läßt, wenn in der Klage gar kein oder kein bestimmtes Gesuch gestellt ist, so ist dieß zu hart; es gibt so viele einfache Klagen wo aus der Anführung der Thatsachen und der Berufung

1) Im Archiv für civ. Praxis. 5. Bd. No. 14.

2) In der für das Studium des neuen baierischen Entwurfs höchst wichtigen Schrift: Ueber die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns, mit Hinsicht auf die Verbesserungsvorschläge der Commission. Erlangen 1826. S. 73. Vergleiche auch v. Rettelbladt Rechtssprüche des Oberappellat. Gerichts zu Parchim. 2. Band. S. 4.

auf das Geſetz nur ein einziges Geſuch als möglich gedacht werden, und daher der Kläger nur bittet, ihm das Geeignete zuzuerkennen. Wenn auch der Entwurf §. 330. No. 4. überall, wenn die Sachlegitimation nicht berichtigt iſt, die Klage angebrachtermaßen abweiſen läßt, ſo erzeugt dieß unnöthige Verzögerungen, da häufig, wenn z. B. der Kläger aus einer Forderung ſeines verſtorbenen Vaters klagt, er ſeine Qualität als Erbe nicht in der Klage anführt, indem er vorausſetzen darf, daß der Beklagte dieſe in der ganzen Gegend allgemein bekannte Qualität hinreichend kennt. Es bedarf daher der §. 330. des Entwurfs noch einer Berichtigung.

II. Eine merkwürdige Abweichung findet ſich in Bezug auf die proceßhindernden Einreden. Man wird vielleicht den Entwurf einer Lücke beſchuldigen, da er über ein Verhältniß ſchweigt, welches in unſeren deutſchen Gerichtsordnungen überall erwähnt iſt; man kann es vielleicht auch eine Ungerechtigkeit nennen, wenn der Beklagte, welcher die Einrede der Rechtskraft oder des Vergleichs anführen kann, doch in den Streit ſich einlaſſen, und alle koſtſpieligen Wege der Procedur durchmachen ſoll. Schon v. Gönner hat jedoch in ſeinem Entwurfe [3]) den proceßhindernden Einreden keinen Platz mehr eingeräumt, jedoch aus einem Grunde, welcher in dem jetzigen Entwurfe von 1823 keine Anwendung findet. v. Gönner hatte bekanntlich in ſeinem Entwurfe das Gebot ſanctionnirt, daß jede Parthey ſogleich mit den Streitsverhandlungen ihre Beweiſe verbinden ſollte; dadurch war die Aufſtellung beſonderer proceßhindernder Einreden, bey welcher der Beklagte das Vorrecht ſchneller Vorverhandlung darüber genießen ſollte, unnöthig, indem jeder Beklagte bey allen ſeinen Einreden die Beweismittel ſogleich angeben mußte.

Der Entwurf von 1823 hat das Gebot des anticipirten Beweiſes nicht anerkannt (§. 393.); allein die Commiſſion

3) Motive zum Entwurf. S. 327.

hat [4]) der proceßhindernden Einreden deswegen keine Erwähnung mehr gethan, weil ſchon an ſich immer Streit über den Grund und den Umfang dieſer Einreden ſey, und weil es überhaupt bedenklich wäre, über dieſelbe abzuurtheilen, ohne vorerſt den Kläger mit ſeiner Replik gehört zu haben; man wollte jedoch dem Beklagten nicht verwehren, ſich durch bloße peremtoriſche Einreden gegen die Klage zu vertheidigen; dieß geht aber dann nur auf ſeine Gefahr, und es kömmt darauf an, ob der Beklagte ſeiner Sache ſicher iſt. Iſt er dieß, und hat er z. B. die Einrede des Vergleichs, ſo ſchadet es ihm nicht, wenn man auch in contumaciam annimmt, daß er den Klagegrund eingeſtanden habe; er wagt aber dann viel, wenn er mit ſeiner Einrede nicht durchkömmt, weil dann die Klage als eingeſtanden gilt, und eine andere peremtoriſche Einrede nicht mehr vorgebracht werden kann. Gewiß verdient dieſe Anſicht des baieriſchen Entwurfs im Ganzen Billigung; allein es zeigt ſich hier wieder der Nachtheil einer Grundanſicht, welche eine einzige Form des Verfahrens als die in allen Fällen zu beobachtende vorſchreibt, und daher den Richter nöthigt, den einfachſten (der Summe nach zum ordentlichen Proceſſe vor den Collegialgerichten qualificirten) Fall eben ſo, wie den in facto höchſt verwickelten, zu verhandeln. Denke man ſich den Fall, daß der Beklagte die Einrede des Vergleichs ſogleich darthun kann; er hält es für unnöthig, in das Detail der Klage einzugehen, und ſtützt ſich nur auf den Vergleich; hier muß nun der baierſche Richter die Antwort des Beklagten zur Replik mittheilen, worauf wieder Duplik folgt; dann erſt muß der status causae regulirt und endlich die mündliche Verhandlung in der Sitzung angeſetzt werden, während die Sache ſo einfach iſt, daß in einer einzigen Sitzung oder mündlichen Verhandlung das Verhältniß leicht entwickelt und entſchieden werden könnte. Soll es da-

4) Buchta, über bürgerliche Rechtspflege. S. 81 — 83.

her nicht zweckmäßiger seyn, wenn das Gericht ermächtigt würde, im Falle der vorgeschützten Einrede der Rechtskraft und des Vergleichs, wenn sich der Beklagte auf die Hauptsache nicht einließ, eine der Einreden aber sogleich durch Urkunden beweisen will, vorerst eine mündliche Verhandlung anzuordnen, worin der Kläger sich über die Einrede zu erklären, der Beklagte die Urkunde zu produciren, und beide Partheyen ihre rechtlichen Erörterungen über die Einrede vorzubringen hätten. Fände das Gericht die Einrede begründet, so erginge sogleich das Definitiv-Urtheil; zeigte sich dagegen die Einrede als unbegründet, so hätte der Beklagte die Kosten der bisherigen Verhandlung allein zu tragen, und erhielte einen neuen Termin zur Einlassung auf die Hauptsache. Schränkt das Gesetz diese Ermächtigung der Gerichte nur auf die beiden oben genannten Einreden ein[5]), fordert es Urkundenbeweis, wenn die Einreden diese Kraft haben sollen; sind die Gerichte strenge und wirken sie jeder Ausdehnung entgegen, so ist keine Gefahr einer verzögerlichen Verhandlung zu befürchten, und das Verfahren ist ganz demjenigen consequent, welches §. 343 — 45. in Bezug auf gewisse dilatorische Einreden §. 342. im Entwurfe vorgeschrieben ist.

III. Während der Entwurf strenge die bisherigen proceßhindernden Einreden behandelt, weicht er in Bezug auf dilator. Einreden von der bisherigen Strenge ab; denn so oft (§. 342.) die Einrede der Incompetenz, des Mangels der Legitimation zur Sache, oder zum Processe mehrerer Streitgenossen, mangelnden Caution u. A., und zwar ohne Einlassung in den Streit, vorgebracht wird, soll das Gericht vorerst prüfen, ob die Einrede gegründet ist, in welchem Falle der Kläger ganz oder angebrachtermaßen abzuweisen ist; wenn sie offenbar ungegründet erscheint, so ist eine neue

5) Die Gründe dafür s. in meinem Aufsatze in diesem Archive. 1. Bd. S. 440.

Frist zur Einlassung anzuberaumen; ist Zweifel, so wird der Kläger über die Einrede gehört, und das Gericht entscheidet dann über diesen präparatorischen Punkt. Erwägt man nun, wie oft die Einrede der mangelnden Caution [6]) der fehlenden Legitimation zur Sache u. A. vorgebracht wird, wie aber in der Regel darauf gerechnet werden kann, daß der Kläger der Einrede leicht abhelfen kann, und dieß auch der Beklagte voraussieht, so muß man befürchten, daß in vielen Fällen nach dem Systeme des neuen Entwurfs weitläufige Vorverhandlungen über solche Einreden entstehen werden; so oft der Beklagte behauptet, noch mehrere Miterben zu haben, oder Zweifel gegen die Legitimation zur Sache erhebt, muß der Kläger gehört werden, und es wird mündliche Verhandlung in der Audienz nothwendig. Wäre es nicht zweckmäßiger gewesen, wenn man den bisherigen Gang beibehalten und den Beklagten auch im Falle dilatorischer Einreden angehalten hätte, eventuell sich schon in die Hauptsache einzulassen, so daß dann Kläger in der Replik sich über die Hauptsache und die dilator. Einreden erklärte, und das Gericht in dem nämlichen Urtheil über die dilatorischen Einreden und die Hauptsache erkennen könnte? Will man dagegen bemerken, daß es hart seyn würde, wenn man den Beklagten in den Fällen, worauf die §. 342. angeführten Einreden hinwiesen, nöthigen wollte, in die Hauptsache sich einzulassen, da nach der Beschaffenheit der Einrede jede Erklärung darüber zur Zeit überflüssig ist, so hätte man entweder dieses besondere Verfahren auf eine kleinere Zahl von Einreden beschränken sollen, da die Einrede fehlender Caution oder mangelnder Vollmacht doch nicht der Einrede der Incompetenz gleich steht, und vorauszusehen ist, daß die Caution oder Vollmacht sogleich beigebracht werden wird,

6) Der Entwurf §. 138 — 43. gestattet zwar bey Streitigkeiten baier. Unterthanen gegen einander nicht Proceß-Cautionen zu fordern, wohl aber von unangesessenen Ausländern.

oder man hätte überhaupt das Gericht ermächtigen ſollen, mehr nach Erwägung der Umſtände das zweckmäßigſte Verfahren anzuordnen, und insbeſondere die Partheyen zur Verhandlung ſolcher Vorpunkte ſogleich in die nächſte Audienz oder zu einer Tagfahrt vor den Commiſſär vorzuladen. Uebrigens ſind die in §. 342. genannten Einreden nicht die einzigen, denen dieß Recht der Befreiung von Litiscontestation und Befugniß vorläufiger Verhandlung gegeben werden ſollte, wenn man einmal dieſen Weg nehmen wollte; denn die exceptio des noch laufenden Termins zur Erklärung über Erbſchaftsantretung, oder die exceptio ordinis des Bürgen hätten wohl die nämliche Begünſtigung verdient.

IV. Ein Mittel der Abkürzung ſuchte der Entwurf in der Beſchränkung des Schriftenwechſels; es mußte der unrichtigen, aus Mißverſtändniſſen entſtandenen Meinung entgegengewirkt werden, daß in jedem Proceſſe Replik und Duplik nothwendig wären, und in ſo fern iſt durch §. 353. des Entwurfs ſchon viel gewonnen; allein wenn darnach auch im Falle, wenn der Beklagte nur reinrechtliche, keiner factiſchen Erörterung bedürfende Einreden entgegenſetzt, das Verfahren ſogleich geſchloſſen werden ſoll, ſo frägt man ſchon billig, welche Einreden der Entwurf als reinrechtlich betrachtet; jede Einrede, die exc. SC. Macedoniani, Vellejani, doli, nullitatis, bedarf einer factiſchen Begründung, weil das Geſetz nur an gewiſſe Thatſachen die Wirkung knüpft, welche die Einrede haben ſoll; und es kann insbeſondere keine Einrede gedacht werden, worüber nicht eine factiſche Erörterung und factiſche Zerſtörung der Einrede durch den Kläger möglich wäre; der Kläger kann gegen das SC. Macedonianum einwenden, daß der Beklagte ſich betrüglich als großjährig ausgab, oder das Darlehen ſpäter als Hausvater anerkannte; es iſt daher zu beſorgen, daß der Ausdruck rechtliche Einreden manchen Streit veranlaſſe.

V. Eine wichtige Neuerung des Entwurfs iſt die Einführung des status causae. Es läßt ſich nicht läugnen,

daß durch das ausbeugende Benehmen der Anwälde, welche in den Schriften nicht bestimmt genug über die Thatsachen sich erklären, oder ihre Aussagen auf Schrauben stellen, der Schriftenwechsel des deutschen Processes nicht immer hinreicht, das wahre Thatverhältniß klar vor die Augen der Richter zu stellen, und es muß mit Achtung von der Regulirung des status causae, als einem Mittel des preussischen Processes, eine erschöpfende Uebersicht der Streitverhandlungen zu gewähren, gesprochen werden [7]); daher ist er auch in die Gesetzgebungen mehrerer deutschen Staaten, welche das schriftliche Verfahren beibehielten, übergegangen, und zwar in die Lippische [8]), in die Würtembergische [9]), in die Oldenburgische [10]), und zum Theil in die Braunschweigische [11]) Gesetzgebung. In Oldenburg ist zwar das Institut unter der Gestalt des Instructions-Termins eingeführt, so daß der Richter, wenn die Klage, Einredeschrift und Replik zu den Acten gebracht sind, die Partheyen mit ihren Anwälden vorladet, durch geeignete Fragen das Factum und den Streitpunkt festsetzen muß. In Braunschweig soll die Darstellung der Sache von dem Referenten binnen 14 Tagen nach dem Schlusse der Sache angefertigt, und binnen 3 Tagen den Anwälden abschriftlich mitgetheilt werden. Die Anwälde haben dann, was sie Erhebliches übergangen, oder nicht vollständig oder unrichtig dargestellt zu seyn vermeinen, dem Präsidenten des Gerichts 3 Tage vor dem Vortragstermin bemerklich zu machen, damit dem Gerichte

---

7) Meine Processvergleichung. 1. Hft. S. 175.

8) Verordn. vom 27. Febr. 1816. §. 38.

9) Edict von 1818. §. 101. Edict über das Verfahren in den höheren Gerichten. §. 8. Novelle von 1822. §. 20.

10) Proceß-Reglement vom 15. März 1824. §. 14. in unserem Archive im Auszuge geliefert in Band VII. S. 283.

11) Verordn. vom 3. Febr. 1814. §. 6.

darüber Vortrag erſtattet werde [12]). Gegen die Zweckmäßigkeit der Regulirung des status causae läßt ſich nach der Conſequenz des preußiſchen Verfahrens keine erhebliche Einwendung machen, deſto mehr aber entſtehen Zweifel [13]), ob in dem Syſteme des auf Verhandlungs-Maxime gebauten ſchriftlichen Verfahrens dieß Inſtitut nothwendig ſey. Frägt man nun den Gewinn, welchen der status causae hervorbringen ſoll, ſo liegt er in Preußen darin, daß die Partheyen bey den verwickelten Thatverhältniſſen eine klare Ueberſicht des Streitverhältniſſes erhalten, über die Möglichkeit der Beweisführung der widerſprochenen Thatſachen näher nachdenken, daß auch zur Beſtimmung, was noch bewieſen werden ſoll, der status causae, den eigentlich jeder Richter, ehe er das Beweis-Interlocut fällt, ſelbſt ſich entwerfen muß, die beſte Vorarbeit gewährt, und daß in dem Termine, der zur Regulirung dieſes status beſtimmt iſt, der Vergleich am meiſten mit Erfolg bewirkt werden kann. Erwägt man den Zweck des Schriftenwechſels, der nach dem Entwurfe bis zur Quadruplik (ausnahmsweiſe) getrieben werden kann, erfährt man, daß das Geſetz ſtrenge auf die beſtimmte Erklärung über jede vom Gegner vorgebrachte Thatſache dringt, und der Schriftenwechſel zunächſt nur die Erklärung über das factiſche Verhältniß bezweckt, indem der Rechtspunkt in der Audienz verhandelt wird, ſo möchte man hoffen, daß, wenn die Gerichte ihre Pflicht thun, und

---

12) Durch die Braunſchweigiſche Verordn. vom 26. März 1823. §. 8. No. 4. iſt dieß Inſtitut aufgehoben worden, da, wie das Geſetz ſagt, die Erfahrung gelehrt habe, daß die Vorſchrift den beabſichtigten Nutzen nicht gewährt habe. Dagegen ſoll in jeder Sache neben dem Referenten ein Coreferent beſtellt werden.

13) In meiner Schrift: Der gemeine deutſche Proceß. I. S. 182. S. noch Miller krit. Beleuchtung der von Feuerbachiſchen Grundſätze über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. Seite 47. S. jedoch dagegen Puchta über die bürgerliche Rechtspflege. S. 36.

unvollſtändige, auf Schrauben geſtellte Schriften abweiſen oder beſſere Einlaſſung fordern, der Richter am Schluſſe des Schriftenwechſels ſo hinreichend über das Factum inſtruirt iſt, daß kein Zweifel mehr ſeyn kann, und die Regulirung des status völlig überflüſſig iſt. Der Verfaſſer dieſer Bemerkungen, welcher als Director des Spruchcollegiums ſeit 1819 in Bonn und hier viele Lippiſche Acten, in welchen nach geführtem Schriftenwechſel ein status causae regulirt iſt, zu beurtheilen hatte, kann verſichern, daß der bloße Schriftenwechſel völlig hinreichte, ein gehöriges Urtheil zu fällen, ſo daß der status causae eine überflüſſige Arbeit ſchien. Will man den status causae wegen der Partheyen einführen, damit ſie ihr Sachverhältniß beſſer beurtheilen, ſo iſt dieß unnöthig, da ihnen die gewechſelten Schriften vorliegen. Erwägt man aber noch, daß im baieriſchen Entwurfe eine mündliche Schlußaudienz vorkömmt, in welcher die Partheyen das Factum dem Gerichte ſelbſt entwickeln, und jeder Richter durch Fragen eine Dunkelheit in facto leicht beſeitigen kann, ſo möchte man glauben, daß durch die mündliche Audienz der status causae unnöthig gemacht wird, wenigſtens wenn der Geſetzgeber den Zweck der Audienz noch etwas durch eine Einrichtung erweitert, von welcher ſogleich geſprochen werden ſoll. Da auch das Beweis-Decret (§ 394.) durch einen förmlichen Gerichtsbeſchluß erlaſſen wird, und daher die mündliche Audienz auch dieſem Decret vorhergeht, die Partheyen alſo hinreichend im Stande ſind, das factiſche Verhältniß darzuſtellen, ſo iſt kein Vortheil eines beſonderen Termins einzuſehen. Wenn wir aber auch zugeben, daß in ſehr verwickelten Thatverhältniſſen dieſe Regulirung einen Werth haben kann, ſo kann doch nicht angenommen werden, daß das Inſtitut zu empfehlen iſt, wenn es als in allen Fällen nothwendig vorgeſchrieben wird, und ſchwerlich kann dieſe harte Beſchränkung des richterlichen Ermeſſens, dem man nicht überlaſſen will, die dem Bedürfniſſe des einzelnen Falles anpaſſenden Mittel zu wählen, gebilligt wer-

den. Wenn daher in einem einfachen Falle der mit einer Schuldklage belangte Beklagte die Einrede der Zahlung oder des nicht erhaltenen Geldes entgegenſetzt, oder wenn in einer Sache, wo alle Thatſachen zugeſtanden ſind, es ſich nur um Auslegung einer Geſetzesſtelle handelt, ſo frägt man, was hier die Regulirung des status causae nützen ſoll? Sage man nicht, daß dann die Regulirung auch leicht und einfach ſeyn wird; denn auf jeden Fall wird doch Zeit verloren, es muß erſt ein Termin zum status causae und wieder ein Termin zur mündlichen Verhandlung angeſetzt werden, während bisher ſogleich auf die Replik oder Duplik das Beweisurtheil erfolgte; aber auch neue Koſten werden dadurch veranlaßt, denn der Gerichts-Commiſſär will eben ſo, wie jeder Advocat der Partheyen, für das Erſcheinen in den Terminen bezahlt ſeyn, und ohne Härte kann man die Verlängerung des zur Regulirung des status causae angeſetzten Termins den Partheyen zuweilen nicht abſchlagen, z. B. wenn die Parthey am Morgen vor dem Termin plötzlich erkrankt. Sollte nicht der Fehler auch hier wieder in der gefährlichen Sucht zu generaliſiren liegen? Sollten nicht auf eine andere kürzere und wohlfeilere Weiſe die Vortheile, welche der Geſetzgeber durch Regulirung des status causae beabſichtigt, erreicht werden können? Der Verfaſſer dieſer Bemerkungen glaubt die Frage bejahen zu können, wenn man ſogleich nach dem Schriftenwechſel, der möglichſt beſchränkt werden kann, die Partheyen in die Sitzung des Tribunals ladet, und dort die Sitzung mit dem Vortrage des Gerichts-Commiſſärs an das Collegium über das reine Factum und mit Vorlegung eines status causae eröffnen läßt. Die Partheyen erhielten dann das Recht, ſogleich ihre Bemerkungen über die Vollſtändigkeit des Vortrags dem Gerichte zu machen, jeder Richter hätte die Befugniß, die anweſenden Partheyen über dunkel oder zweydeutig gebliebene Punkte zu befragen, die Partheyen ſelbſt könnten noch Fragen an einander über ſolche Punkte ſtellen, und, nachdem das factiſche Verhältniß er-

schöpfend hergestellt ist, über die Rechtspunkte mündliche Vorträge an das Gericht halten.

VI. Eine neue Abweichung von dem bisherigen Character des deutschen Processes liegt darin, daß nach dem baier. Entwurf §. 215. die Partheyen in dem schriftlichen Verfahren die Gesetze und Rechtsregeln, woranf der Anspruch oder die Vertheidigung beruht, nur andeuten dürfen, und zwar weil nach §. 695. der Rechtspunkt erst in der mündlichen Audienz ausgeführt werden soll. Ueber die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit der Trennung des Rechts- und factischen Punkts hat sich der Verfasser [14]) schon früher erklärt, und es frägt sich nur, was nach dem Systeme des Entwurfs unter dem Andeuten verstanden werden soll, und wie weit der Wille des Gesetzgebers geht. Wenn man die §. 216. (nach welchem immer ein Gesuch, das folgerecht aus den Thatumständen und Rechtssätzen hervorgeht, gestellt werden soll) §. 351. No. 3. (darnach kann der Beklagte den Rechtsgrund der Klage durch Andeutung der demselben entgegenstehenden Rechtsregeln bestreiten) und §. 353. (welcher von reinrechtlichen Einreden spricht) vergleicht, so sieht man, daß Rechtsgründe doch vorgebracht werden dürfen. Soll man nun unter Andeuten nur das nackte Aufführen von Gesetzesstellen verstehen, oder dürfen die Partheyen ein Paar hingeworfene Bemerkungen über den Sinn der Gesetzesstelle vorbringen? Beides möchte sehr wenig nützen, und oberflächliche Skizzen in die Acten bringen. Wenn z. B. der Kaufmann auf die Cursdifferenz in einem Staatspapiergeschäft klagt, so ist das Factum leicht klar, aber der Rechtsgrund ist bestritten, und mit Anführung von ein Paar mageren Gesetzesstellen ist wenig gethan; oder wenn der Kläger Staatspapiere vindiciren will, oder rückständige Reallasten einklagt, oder wenn es auf die Gültigkeit eines Erbvertrags

14) In meiner Schrift: Der gemeine deutsche Proceß. 1. Heft. S. 168.

ankömmt, oder die Frage vorliegt, ob Servituten durch bloßen Vertrag conſtituirt werden können, was ſoll durch ein Andeuten von Rechtsgründen gewonnen werden? In ſehr vielen Fällen hängt aber auch der Umfang des factiſchen Vorbringens von den Rechtsgründen ab, die in dem Proceſſe zur Sprache kommen, z. B. wenn gegen eine actio negatoria der Beklagte ſich auf die durch Verjährung erworbene Servitut beruft, und nun Streit entſteht, ob bona fides, justus titulus, oder bloße patientia zur Erwerbung der Servitut hinreichte. Ueber alle ſolche Fragen kann man immer mit flüchtigen Andeutungen nichts Zweckmäßiges ſagen. Es ſcheint daher, daß der Gegenſtand wohl noch immer einer Prüfung bedürfe.

VII. Am wichtigſten iſt die Einführung der materiellen Oeffentlichkeit durch die Anordnung einer Schlußaudienz, in welcher die Partheyen mündlich dem verſammelten Gerichte ihre Anſprüche begründen, und Rechtserörterungen vortragen. Es kann nicht geläugnet werden, daß durch dieſe Art von Oeffentlichkeit ſchon viel gewonnen wird, indem die Gerichte die unentſtellten Vorträge der Partheyen ſelbſt hören, die Gelegenheit erhalten, durch Fragen an die Partheyen die Zweifel zu heben, und die Partheyen ſelbſt die Beruhigung gewinnen, daß ihre Anſprüche und Darſtellungen rein und nicht erſt durch das medium eines Referenten zur Kenntniß der Richter gelangen. Warum man nicht einen Schritt weiter gehen, und den Schlußſtein an das Gebäude durch Einführung voller Oeffentlichkeit, in Bezug auf das Publikum, legen wollte, kann kein Gegenſtand der Unterſuchung in dieſem Aufſatze ſeyn, welcher, wenn er es auch beklagen darf, daß man nicht mehr geben wollte, dankbar doch das Gute erkennt, welches man bereits gegeben hat. Mit Unrecht würde man die Schlußaudienz des baier. Entwurfs mit einer Audienz des franzöſiſchen Proceſſes vergleichen. In Frankreich iſt das ganze Verfahren mündlich, und es wird nur auf die in der Audienz vorgekommenen Verhandlungen geur-

theilt, ohne daß ein Schriftenwechsel vorhergeht (denn daß die Verhandlung von Anwald zu Anwald nicht als Schriftenwechsel im deutschen Sinne betrachtet werden darf, ist bekannt [15]). In Baiern werden zuvor Schriften unter Einwirkung eines Richters gewechselt, und hierauf erst gelangt die Sache in die Audienz, in welcher der aus den zuvor gewechselten Schriften gebildete status dem Gerichte vorgelegt, und zunächst nur der Rechtspunkt erörtert werden soll. Will man nun unpartheyisch seyn, so kann man nicht verkennen, daß diese Schlußaudienz manche Bedenklichkeiten hat [16]). Es ist vorauszusehen, daß in manche Audienzen die Partheyen fruchtlos geladen werden, da es sich oft nicht mit Sicherheit bestimmen lassen wird, ob eine Sache in einer gewissen Sitzung vorkommen kann. Sind auch die Partheyen auf den 9. Januar vorgeladen, weil man hoffte, daß die anderen Gegenstände, die auf den 8. Januar bestimmt waren, erledigt werden würden, so muß die Schlußaudienz vom 9. doch vorerst zur Beendigung der am 8. noch nicht erledigten Sache verwendet werden, und da noch nach §. 694. des Entw. manche Discussionen über das Factum entstehen können, so wird sich nicht leicht 8 Tage voraus bestimmen lassen, ob wirkich in einer gewissen Sitzung eine Sache vorgetragen werden kann. Es würde aber ungerecht seyn, wenn man den vorgeladenen Advocaten, welche fruchtlos in der Sitzung erschienen, ihre Versäumnisse nicht vergüten wollte; thut man es aber, so entstehen bedeutende Kosten für die Partheyen. Auch kann es nicht fehlen, daß zuweilen die angesetzten Audienzen von den Partheyen abgeschrieben werden, und es würde sehr hart seyn, wenn man den plötzlich erkrankten Advocaten die Verlängerung des Termins verweigern wollte; in der Sitzung selbst aber würden Fälle vorkommen, welche die Vertagung

15) Meine Schrift: Der gemeine deutsche Proceß. II. Beitrag. S. 65.

16) Meine Schrift: Der gemeine deutsche Proceß. 1. Hft. S. 189.

der Sache auf eine neue Sitzung nothwendig machen, z. B. wenn der Beklagte angeblich durch nähere Entwickelung der vorgebrachten Thatsachen neue Nebenumstände anführt, oder bey Erörterung der Rechtssätze sich auf gewisse Gewohnheiten beruft, worüber der Advocat nicht sogleich antworten kann, und daher um Vertagung bitten muß. Da auch nach §. 694. No. 3. früher vorgebrachte Einreden aufgegeben werden dürfen, so wird es oft Streitigkeiten darüber geben, ob auch die Replik zusammenfällt, da es oft schwierig wird, genau zu trennen, ob das in der sogenannten Replikschrift Vorgebrachte eine wahre Replik, oder nur eine Erläuterung und Bestärkung des Klagegrundes ist. — Es ist jedoch nicht zu zweifeln, daß aller dieser Zweifel ungeachtet allmählig die Schwierigkeiten und Starrheiten, welche jedes Neue erzeugt, zweckmäßig durch den Gerichtsgebrauch beseitigt werden können, welcher überall erst die neue Legislation dem Leben und Bedürfnisse anpassen muß. Wichtiger ist die Frage: ob in allen Fällen die Schlußaudienz nothwendig seyn soll; es mag wohl scheinen, daß in ganz einfachen Fällen, wo es auf Beweis gewisser Thatsachen ankömmt, und der Rechtsgrund einfach ist, die mündliche Verhandluug eine überflüssige und kostspielige Formalität sey, und überhaupt oft die mündliche Verhandlung eine breite Wiederholung des schon in den Schriften Enthaltenen ist; allein da der Zweck derselben auf die Gewährung der obenbezeichneten Vortheile materieller Oeffentlichkeit gerichtet ist, da es schwierig und Willkühr der Richter begünstigend seyn möchte, wenn man es ganz vom Gerichte abhängen ließe, ob die Schlußverhandlung Statt finden soll, oder nicht, so ließe sich vielleicht der Vorschlag machen: a) daß überall, wo beide Partheyen nach dem geendigten Schriftenwechsel darauf antragen, daß ohne Schlußaudienz sogleich entschieden werde, die Audienz wegfalle; b) daß aber sonst die Audienz, zu welcher die Partheyen geladen werden, eintritt, und darin mit einem umfassenden Vortrage des Commissärs an das Gericht über die bisherigen

Verhandlungen begonnen werde; findet das Gericht sich schon hinreichend aufgeklärt, und im Stande das Urtheil zu fällen, so sollte das Urtheil auch sogleich ausgesprochen werden; findet einer der Richter noch die Befragung einer Parthey über dunkle Punkte für nothwendig, so gibt die Gegenwart der Partheyen hierzu Gelegenheit; zur mündlichen Verhandlung soll es aber nur kommen, wenn entweder die Partheyen sich in den Wechselschriften nur auf Darstellung des thatsächlichen Verhältnisses beschränkten, und mündliche Erörterung des Rechtspunktes sich vorbehielten, oder wenn das Gericht, nachdem bereits die Partheyen in ihren Schriften die Rechtspunkte selbst erörtert haben, die mündliche Entwickelung noch für nöthig hält. Unpassend und unnöthig kostspielig wird es nur, wenn man in allen, im ordentlichen Processe verhandelten Fällen den Termin zum status causae und die Schlußaudienz für wesentlich erklärt.

In Bezug auf das Beweisverfahren bieten die neuen legislativen Produkte manche Eigenthümlichkeiten dar. Hierzu gehört, daß nach dem baier. Entw. §. 393. kein Beweis freywillig, sondern nur in Folge richterlicher Auflage angetreten werden kann. (Urkunden, auf welche sich der Kläger in der Klagschrift bezieht, muß er jedoch nach §. 324. sogleich in Abschrift beylegen); das nach Gerichtsbeschluß zu erlassende Beweisfestsetzungs-Decret wird nach baier. Entw. §. 395. nicht rechtskräftig, und ist kein Gegenstand selbstständiger Berufung. Nach dem Code du Canton de Vaud §. 182. tritt in der Regel der Kläger seinen Beweis an, Beweisinterlokute kommen gar nicht vor, directer Gegenbeweis ist gar nicht zulässig (§. 204). Am meisten verdient die Neuerung, die der Rechtskraft fähigen Beweisinterlokute abzuschaffen, eine Aufmerksamkeit. Für die dem preußischen Rechte und der badischen Obergerichtsordnung schon lange bekannte Abschaffung gibt es allerdings ex-

hebliche Gründe; ſtatt daß Monate (leider oft Jahre [17]) vorüber gehen, bis endlich die Summe aller zuläſſigen Rechtsmittel gegen das Interlocut erſchöpft iſt, erfährt die Parthey ſogleich, was bewieſen werden ſoll, und Zeit und Koſten werden ſo erſpart; auch führt das Streben nach dem höchſten materiellen Rechte dazu, keine rechtskräftigen Interlocute zu geſtatten, weil ſonſt der Ausgang des Proceſſes oft von völlig irrelevanten Beweisſätzen abhängig gemacht wird, da die definitiv entſcheidenden Richter es nicht wagen dürfen, die Feſſeln zu zerbrechen, welche ihnen das rechtskräftig gewordene Intetlocut anlegte. Man hat ſich in Deutſchland viele Mühe gegeben, durch eine Hinterthüre das zu gewinnen, was man auf offenem Wege nicht wagen durfte, und hat mit verſchiedenen Diſtinctionen ſich gequält, z. B. zwiſchen völlig oder offenbar unerheblichen, unpaſſenden, unvollſtändigen Beweisſätzen unterſchieden [18], gibt man die Anſicht zu, daß jedes Beweisinterlocut eine bedingte Verurtheilung oder Abweiſung enthält [19]; erwägt man, daß bey den Urtheilen, welche Beweis nachlaſſen oder vorbehalten, dieß noch ſicherer hervortritt; berückſichtigt man den Grundſatz der deutſchen Geſetzgebung, welche alle möglichen Rechtsmittel gegen Interlocute zuläßt, und endlich das Interlocut nach Ablauf der Appellationsfriſt, oder wenn kein weiteres Rechtsmittel zuläſſig iſt, als rechtskräftig erkennt, ſo ſpielt man mit dem Begriffe der Rechtskraft und mit den Rechten der Partheyen, wenn man, nachdem Jahrelang mit großen Koſten und Aufwand von Mühe das rechtskräftig aufgelegte und als Bedingung des Sieges richterlich verſprochene

17) In neueſter Zeit Graf v. Arco in der Schrift: Von der Urſache der außerordentlichen Zunahme der Berufungen. München 1822. S. 56. Puchta über die bürgerl. Rechtspflege. S. 87.

18) Martin Lehrbuch. §. 170. Linde Lehrbuch. S. 301. 3. Hagemann prakt. Erört. VII. S. 381.

19) Meine Schrift: Der gemeine deutſche Proceß. 2. Hft. S. 122. und meine Bemerkungen in dieſem Archive. VI. S. 166

Beweisthema von dem Producenten zu beweiſen verſucht war, am Ende erkennt, daß das damalige Beweisthema doch nicht richtig normirt geweſen ſey, und es auf andere Punkte ankomme. Ob in dem rechtskräftig gewordenen Thema etwas weggelaſſen war, was auch hätte aufgelegt werden ſollen, ob das ganze Thema irrelevant war, oder nur einige Sätze deſſelben es waren, iſt völlig gleichgültig, wenn man einmal Rechtskraft annimmt, weil gerade das damals ausgeſprochene (nicht mehr und nicht weniger) Thema rechtskräftig wurde, und als Bedingung des Sieges erklärt war. Nichts iſt daher unpaſſender, als die Art, wie das franz. Recht die Sache behandelt, indem darin der Satz gilt: interlocutoire ne lie pas les juges [20]), während das Geſetz noch die Appellation gegen das Interlocut zuläßt [21]), und ſo die Partheyen irreführt [22]). Viel conſequenter iſt daher der baier. Entwurf, welcher, indem er keine Berufung gegen das Decret zuläßt, Zeit und Koſten erſpart, den Partheyen aber voraus verkündet, daß das Beweisfeſtſetzungs-Decret ihnen keine unwiderruflichen Rechte gebe. Es frägt ſich nur, was ſoll geſchehen, wenn die Richter, nach geführten Beweiſen, finden, daß das Beweis-Decret unrichtig oder unvollſtändig den Beweis normirt habe? Sollen ſie dann annehmen, daß die Partheyen von ſelbſt die Irrelevanz des Decrets hätten einſehen, und das richtige Thema hätten beweiſen ſollen, ſo daß ſie jetzt, wie ſie dieß nicht gethan, abgewieſen werden ſollen; oder ſoll das Gericht jetzt erſt mit Aufhebung des vorigen Beweis-Decrets das richtige Thema ausſprechen, und

20) Angeblich wegen Analogie der L. 19. §. 2. D. de recept. qui arbitr. rec. ſ. zu den in meiner Schrift: Der gemeine Proceß. II. S. 128. angeführten Autoren noch Toullier Droit civil. Vol. X. p. 178.

21) Merkwürdige Streitigkeiten darüber in Merlin Répertoire. Vol. XVI. pag. 516.

22) Der Code de Genève Art. 151. ſagt: Les juges ne seront point liés par les ordonnances préparatoires ni leurs suites.

den Partheyen eine neue Beweisfrist hierzu geben? Nimmt man das Erste an, so handelt man ungerecht, indem man verlangt, daß die Partheyen klüger seyn sollen, als die Richter waren, und weil bey der großen Zahl von Controversen über Beweislast die Parthey, welche dem richterlichen Decrete traute, wohl zu entschuldigen ist. Hält man sich an die zweite Ansicht, so entsteht bedeutender und kostspieliger Zeitverlust, indem zwey Beweisführungen eintreten, und neue Zweifel sind nicht zu beseitigen; denn wenn die Parthey den neuen Beweis führt, und sich am Ende das Gericht überzeugt, daß auch das zweitemal das Thema nicht vollständig genug aufgelegt war, oder wenn das Gericht erster Instanz das Beweisdecret fällt, und später über den geführten Beweis erkannte, in zweiter Instanz auch das Beweisdecret als das richtige angenommen wird, in dritter Instanz aber das Gericht das bisher zum Grunde gelegte Beweisdecret für fehlerhaft ansieht, und das Urtheil reformirt, soll jetzt der Beweis von vorne beginnen? Und wenn das Gericht erster Instanz, an welches die Acten zur Instruction zurückgehen, über den neuen Beweis zu erkennen hat, das früher aufgelegte Thema doch für das richtige, und das von der dritten Instanz aufgelegte für das unpassende hält, soll das Untergericht doch an das Beweisurtheil der höchsten Instanz gebunden seyn? Oder will man, wie es nach §. 1002. des Entwurfs scheint, die instruirten Acten sogleich an die obere Instanz, die das Beweisdecret reformirte, zur Entscheidung einsenden lassen? Ein so einfaches Verhältniß, als man durch Abschaffung rechtskräftiger Beweis-Interlocute beabsichtigt, scheint daher nicht immer zu entstehen.

Soll die Ansicht des baier. Entwurfs durchgeführt werden, so möchte es räthlich seyn, durch einige andere zusätzliche Vorschriften die Nachtheile zu beseitigen, welche sonst leicht entstehen könnten; insbesondere 1) sollte man den Partheyen das Recht geben, im Fall sie sich durch das Beweisdecret beschwert glauben, bey dem nämlichen Richter ihre Gründe

gegen das Decret anzugeben, und das Gericht, welches das Decret fällte, müßte dann das Recht haben, selbst wieder das Decret abzuändern oder zu ergänzen. Durch diese Anordnung erreichte man den Vortheil, daß das Gericht auf manchen Fehler des Derets aufmerksam gemacht wird, und daß man annehmen darf, die Parthey habe die Thatsachen, die nicht im Decret aufgelegt wurden, während sie gleichfalls hätten aufgelegt werden sollen, eingestanden, indem sie den Beweis derselben nicht verlangte; 2) auch sollte vorgeschrieben werden, daß wenn in oberster Instanz ein Beweisthema ausgesprochen wird, es dabey unabänderlich sein Verbleiben behalte, weil sonst kein Ende abzusehen wäre, und das Untergericht und die Mittelinstanz immer wieder von vorne an den Decreten ändern könnte; und in so ferne müßte man doch wohl die Rechtskraft der Beweisurtheile in gewisser Rücksicht zugeben.

Nicht weniger tiefeingreifend ist das Contumacial-System, welches der Entwurf zum Grunde legte. Der §. 235. spricht als Folgen des Ungehorsams aus, daß der Ungehorsame seinem Gegner die durch den Ungehorsam verursachten Kosten erstatte, und derjenigen Mittel zu Verfolgung oder Vertheidigung seines Rechts verlustig werde, die er in der unbenutzt verstrichenen Zeit hätte gebrauchen können. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist gestattet (§. 241.), wenn eine rechtmäßige Verhinderungs- oder Unmöglichkeits-Ursache bescheinigt wird; antwortet der Beklagte innerhalb der angesetzten Frist auf die Klage nicht, so wird das factische Vorbringen in der Klage als zugestanden angenommen, und Beklagter wird mit allen Einreden präcludirt (baier. E. §. 335). Weniger strenge ist der Code du Canton de Vaud. Nach §. 473. ertheilt das Tribunal, wenn der Beklagte ausbleibt, dem erscheinenden Kläger acte de défaut, und der Beklagte wird nun auf das Neue vorgeladen, hatte der Kläger auf provisorische Alimente oder Einstellung schäd-

licher Anlagen angetragen, ſo ergeht darüber ſogleich Verfügung. Erſcheint auf die zweite Vorladung der Beklagte nicht, ſo werden dem Kläger ſeine Concluſionen zugeſprochen (§. 475.); kein Contumacial-Urtheil wird früher erlaſſen, als eine Stunde nach der Zeit, auf welche die Partheyen vorgeladen waren (478.); binnen 10 Tagen vom Urtheil an muß es der verurtheilten Parthey eröffnet werden (482.); aus gewiſſen Urſachen kann der Verurtheilte Wiederaufhebung des Urtheils verlangen (485)

Das von der gemeinrechtlichen Anſicht völlig abweichende, ſchon in Preußen und Baden angewendete ſtrenge Contumacial-Syſtem des baier. Entwurfs iſt in neuerer Zeit ſehr ſcharfſinnig vertheidigt worden [23]); und es ſind die meiſten der angegebenen Rechtfertigungsgründe vom höchſten Gewicht, obwohl der Verfaſſer der vorliegenden Bemerkungen noch immer nicht glauben kann, daß alle von ihm ſchon früher [24]) gegen das ſtrenge Contumacial-Syſtem angegebenen Gründe widerlegt ſeyen. Es ſey erlaubt, auch noch auf andere Geſichtspunkte aufmerkſam zu machen. 1) Wenn eine Geſetzgebung die nothwendige Anticipation des Beweiſes vorſchreibt, ſo mag der Satz, daß der ſchweigende Beklagte nichts zu antworten wiſſe, noch gerechtfertigt werden, weil man annehmen kann, daß die Summe der vom Kläger angegebenen Beweismittel den Beklagten von ſeinem Unrechte überzeugt, und ſein Schweigen als ein Zugeſtändniß des Gewichts der Beweiſe gelten kann; es iſt aber eine ziemlich ſtarke und faſt willkührliche Vermuthung, wenn man auch das Schweigen auf eine durch nichts erwieſene, gewöhnlich nur flüchtig hingeworfene Klage als ein Zugeſtändniß der Klage betrachten will; da nun der baier. Entwurf

23) v. Stürzer in dieſem Archive. Bd. VIII. S. 395 — 408. Buchta über bürgerliche Rechtspflege. S. 42.

24) In der Schrift: Der gemeine deutſche Proceß. II. Beitrag. S. 93 — 115.

nicht einmal anticipirten Beweis zuläßt, so möchte die Berufung auf den preußischen Proceß, der das Vorbringen der Beweismittel mit der Klage fordert, nicht wohl passend seyn. 2) Da möglichst der Richter die Klage aufrecht halten, und dem Beklagten im Zweifel eher mittheilen, als ihn sogleich abweisen wird, so kann es nicht fehlen, daß auch viele sehr unvollständig oder verworren vorgetragene Klagschriften, oder völlig grundlose Klagen, wo es z. B. dem Kläger schon an der Sachlegitimation fehlt, mitgetheilt werden; soll auch hier der ungehorsame Beklagte als eingestehend angenommen werden? Welche Wirkung hat es denn, wenn einem zur Sache durchaus nicht legitimirten Kläger die Sache zugesprochen wird? Soll man nicht annehmen dürfen, daß der Beklagte aus der Ueberzeugung der völligen Grundlosigkeit der Klage geschwiegen habe? Oder wenn ein völlig unrechter Beklagter belangt wird, der die alberne Klage, die ihn nichts angeht, nicht beantwortet, soll doch dem Kläger zur Belohnung seiner Unverschämtheit, weil er den ruhigen Beklagten, den die Sache gar nichts anging, belangte, zugesprochen werden? Wie soll es in dem jüngst zur Entscheidung der Facultät vorliegenden Falle gehalten werden, wo ein Vater ein testamentum parentis inter liberos machte, und mehrere seiner Kinder von der Collation freysprach, wo dann ein Sohn, der durch das Testament verlor, statt einfach auf die Collation gegen die andern Söhne zu klagen, schon die Replik anticipirte und in der Klage sogleich anführte, daß das Testament, auf welches sich der Beklagte beziehen würde, nichtig wäre, indem der Vater es im Anfalle von Geistleskrankheit verfertigt hätte. Wenn in diesem Falle der Beklagte im Termine ausgeblieben wäre, mochte man im Ernste behaupten, daß die Klage als eingestanden und daher das Testament wegen Geistleskrankheit des Testators als nichtig gelten soll; dann würde auch der Beklagte alle anderen Vortheile aus dem Testamente verloren haben. 3) Will man strenge mit den Contumacial-Nachtheilen seyn, so führt die Erwä-

gung der Lebensverhältniſſe und eine gewiſſe Billigkeit von ſelbſt bald wieder die Gerichte zur Nachſicht in der Ertheilung der restitutio in integrum; es kommen zu viele Gründe vor, die als gültige Entſchuldigungs-Urſachen des Ungehorſams gelten können, ohne daß das Geſetz vollſtändig alle dieſe Gründe aufzählen kann. Wenn der Beklagte vorſtellt, daß an dem Tage, an welchem er hätte erſcheinen ſollen, ſeine Ehefrau mit dem Tode rang, oder den Tag zuvor ein geliebtes Kind geſtorben war, oder er, kaum von einer Krankheit hergeſtellt, bey der ſchlechten Witterung nicht zur Stadt habe gehen können, um einen Advocaten zu beſtellen, ſoll in ſolchen Fällen nicht der Beklagte in integrum reſtituirt werden? Es iſt nicht zu bezweifeln, daß es geſchieht, und dann hat der Kläger von ſeinem papiernen Contumacial-Urtheile weniger, als wenn man ihn ſogleich zur Beweisführung gelaſſen hätte. 4) Mit Unrecht ſpricht man immer von halsſtarrigen und boshaften Beklagten, die für ihren Ungehorſam beſtraft zu werden verdienen. Warum berückſichtigt man nicht auch die Lage des Beklagten, der durch eine zugekommene Klagſchrift oft eben ſo ſchmerzlich überraſcht wird, als durch eine criminelle Beſchuldigung? Denke man ſich in die Lage eines ſeit vielen Jahren abweſenden, erſt kurz nach dem Tode des Vaters zurückkehrenden Sohnes, der die Erbſchaft in der Gegend von München antrat, und nun von einem Pferdehändler wegen eines Vertrages, den der verſtorbene Vater in Nürnberg hätte erfüllen ſollen, in foro contractus Nürnberg, oder wegen einer geführten Verwaltung von der Zeit her, als der Vater noch in Aſchaffenburg wohnte, in Aſchaffenburg und wegen eines angeblichen Darlehens in München belangt iſt. Soll hier wirklich der Beklagte, der in Nürnberg und Aſchaffenburg keinen Advocaten kennt, und im angeſetzten Termine nicht erſchien, wegen ſeines Ungehorſams die drey Proceſſe verlieren? 5) Erwäge man auch, daß der Proceß durch Advocaten vor den Collegialgerichten geführt wird, daher der Beklagte in den meiſten Fällen,

wenn der Advocat den Termin versäumt, nur die Schuld des Advocaten büßt, und man entweder nachsichtig mit Restitutionen der unschuldigen Parthey seyn muß, oder die Parthey zwingt, gegen den schuldigen Advocaten einen traurigen Entschädigungs-Proceß zu führen, so daß man aus einem Processe in drey neue kömmt.

Es sey ferne von dem Verfasser, behaupten zu wollen, daß die Strafe des Eingeständnisses und des Verlustes der Einreden nicht eine der verschiedenen Contumacial-Folgen seyn soll; nur daran kann der Verfasser nicht glauben, daß es zweckmäßig sey, wenn man sie als absolute Strafe in allen Fällen ausspricht. Je mehr Freiheit dem Gerichte in Bezug auf das Aussprechen der Contumacial-Strafen ertheilt wird, desto zweckmäßiger ist die Gesetzgebung, und man muß daher entweder das System des franz. Processes billigen [25]), nach welchem dem Kläger seine Conclusionen nur zugebilligt werden sollen, si elles se trouvent justes et bien verifiées, oder es verdient vorzüglich die Ansicht der neuern Oldenburgischen Gesetzgebung Nachahmung [26]), nach welcher der Ungehorsame in die Kosten verurtheilt wird, mit Ansetzung eines neuen Termins unter Verwarnung, daß der Beklagte seiner Einreden für verlustig und die Klage für zugestanden angenommen werde, oder es kann, wie es in §. 8. der Proceß-Ordnung heißt, auch ein anderes Präjudiz nach Beschaffenheit der Klage und des Processes gedroht werden. — Zugleich soll hier noch auf eine andere legislative Ansicht des Code de procédure de Genève aufmerksam gemacht werden. Darnach (Art. 130.) erhält der Kläger, wenn Beklagter ungehorsam ist, seine Conclusionen zugesprochen; nur gilt dieß nicht in Ansehung jener Conclusionen, deren Grundlosigkeit aus den articulirten Thatsachen oder den producirten Beweisstücken selbst hervorgeht (Art. 132). Aber auch das ausgesprochene Contumacial-Urtheil kann innerhalb 14 Tagen von der Insinuation des Urtheils an vom Ungehorsamen angegriffen werden, ohne daß weiter eine Ursache angegeben zu werden braucht (136.), und wenn der Beklagte abwesend oder nicht im Canton angesessen ist, so können die Richter auch einen längeren Termin zur Opposition im Contumacial-Urtheil aussprechen (137.), und so oft auch nach Verfluß des Termins der Ungehorsame durch Abwesenheit, Krankheit oder eine vis major enthal-

25) Darüber meine Schrift: Der gemeine deutsche Proceß. II. Beitrag. S. 103 — 107.

26) S. in diesem Archive Bd. VII. S. 279.

tende Urſache ſich entſchuldigen kann, die ihn hindert, das Urtheil kennen zu lernen, oder die Oppoſition in dem Termine zu ſtellen, ſo wird er mit der Oppoſition noch zugelaſſen. Man ſieht daher, daß das Geſetz von Geneve das Contumacial-Urtheil gleichſam nur proviſoriſch ausſprechen läßt, und nur dann die Verurtheilung als definitiv betrachtet, wenn auch nach einem neuen Termin, in dem der Ungehorſame erſcheinen und ſich vertheidigen konnte, das beharrliche und fortgeſetzte Schweigen des contumax der Vermuthung, die zur Erkennung des proviſoriſchen Urtheils genügte, die Stärke der Gewißheit verleiht [27]).

Es mag ſehr zweckmäßig ſeyn, wenn dem ungehorſamen Beklagten die im baier. Entwurfe beſtimmte Contumacial-Strafe angedroht, und das Gericht ermächtigt wird, ſie auszuſprechen; nur muß der Geſetzgeber ſich nicht in einer eiſernen Strenge, die dem Ermeſſen der Richter jeden Spielraum raubt, gefallen; es müſſen vielmehr die Gerichte angewieſen werden, auch die Beſchaffenheit der Klage der geſtellten Geſuche und vorgebrachten Beweiſe zu prüfen; nicht weniger muß darauf geſehen werden, ob der Beklagte ſchon einen Anwald aufgeſtellt hatte, oder nicht, und ob der Beklagte im nämlichen Gerichtsbezirke, wohin er vorgeladen iſt, wohnt oder nicht; der abweſende oder mit einem Advocaten noch nicht verſehene Beklagte verdient mehr Schonung, als der Andere; auch möchte es nicht unzweckmäßig ſeyn, dem Beiſpiele des Code de Genève zu folgen, und entweder dem Ungehorſamen erlauben, binnen 14 Tagen von den Folgen der contumacia ſich zu reinigen, wenn er jetzt die Handlung vornimmt, mit welcher er ausgeſchloſſen wurde. — Möchten doch unſere Geſetzgeber, welche die ſtrengſten Maßregeln für die zweckmäßigſten halten, erwägen, daß das Zeugniß der Erfahrung über das Schickſal harter Criminalgeſetze nicht günſtig für das Experiment lautet!

27) Bellot Exposé des motifs de la loi de procédure. p. 100.

Druckfehler in dem vorigen Bande.

Seite 9. Zeile 21. ſtatt nie: die.
„ 15. „ 2. ſtatt um: nur.